

LA RELEVANCIA DEL FACTOR CULTURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Carlos R. Fernández Liesa

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Universidad Carlos III de Madrid*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

RESUMEN:

Vivimos en un mundo complejo, en el que la historia de las relaciones entre las culturas ofrecen tanto confrontación como cooperación. Ahora existe un amplio consenso sobre la necesidad de construir puentes entre las culturas como un camino para promover la paz y los derechos humanos. La diversidad de civilizaciones y culturas es un rasgo básico de la sociedad humana, que refleja la salud y el patrimonio de la humanidad.

Las cuestiones culturales han atraído una limitada atención de los internacionalistas, pero en tiempos recientes han testimoniado un incremento del interés social y académico acerca de las relaciones entre cultura y derecho en el Derecho internacional. Una mirada más cercana muestra la impronta europea del Derecho internacional, y las cuestiones específicas relativas a la cultura en el Derecho internacional, como los derechos culturales, las tradiciones jurídicas, los derechos de las minorías, las relaciones culturales internacionales, la herencia cultural, la relación entre cultura y comercio. El factor cultural tiene, en definitiva, una creciente importancia en el orden internacional

ABSTRACT:

Welfare in a complex World, where the history of relations between cultures offers confrontation and cooperation. Now, there is a broad consensus about the need to build Bridges between cultures as a way to promote peace and human Rights. Diversity of civilizations and cultures is a Basic feature of human society, that reflects the wealth and Heritage of human kind.

Cultural questions have attracted limited attention of International lawyers, but recent years have witnessed the further academic and social interest about the relationship between culture and law in International law. A closer look saw the European pattern of

International law, and the specific issues concernig culture in International law, such as cultural Rights, juridical traditions, minority Rights, International cultural relations, cultural Heritage, culture and free trade. The cultural factor has a growing importante in IL.

La relevancia del factor cultural en el Derecho internacional contemporáneo

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho internacional es un producto de la cultura europea. III. Cuestiones que plantea la creciente relevancia del factor cultural para el Derecho internacional.

I. INTRODUCCIÓN

Dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua que la cultura es el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social etc. La cultura y el Derecho tienen una estrecha relación.

Se puede analizar la cuestión desde muchas perspectivas. Viendo la relevancia de las distintas culturas o tradiciones jurídicas, como hacía recientemente la *société Française pour le Droit International*¹, en el orden internacional; se puede centrar en aspectos actuales, como pueden ser los derechos culturales, los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas; también en términos de relaciones internacionales, de la Alianza de civilizaciones o del choque de civilizaciones; o en aspectos históricos, en la protección del patrimonio cultural, en la relación comercio-cultura, o desde otras perspectivas como la política exterior, la diplomacia cultural etc..

En esta aproximación nos centraremos sólo en algunas dimensiones, si bien todas ellas están relacionadas. Cabe empezar afirmando que hay un *cambio de perspectiva general por el creciente reconocimiento de la diversidad cultural y de la interculturalidad como valores objeto de reconocimiento por la Comunidad internacional, frente al paradigma previo de la consideración de la superioridad de una cultura sobre otras*. Además ese cambio de perspectiva se corresponde con un desarrollo normativo del Derecho internacional general y convencional en la materia, fundamentalmente en la UNESCO, así como con desarrollos constitucionales nuevos.

Empezan a aparecer normas generales no sólo para la protección del patrimonio cultural², sino también en cuanto al reconocimiento del principio de diversidad cultural o de la interculturalidad. Se ha señalado que con el término *interculturalidad*, se quiere

1 Véase, recientemente, VVAA, *Droit International et diversité des cultures juridiques*, SFDI, Pedone, París, 2008,

2 En esta línea FRANCIONI, F., “Au-delà des traités: l’émergence d’un Nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel”, *RGDIP*, t. 111, 2007, 1, pp. 19-43; también RUIZ-FABRI, H., “Jeux Dans la fragmentation: la convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles”, *RGDIP*, t. 111, 2007, 1, pp. 43-89.

resaltar la aceptación de la transversalidad de la diferencia cultural, considerando la relación entre las culturas sobre una base de igualdad y no de superioridad jerárquica³. La interculturalidad no puede dejar de tener efectos en un orden internacional creado y desarrollado en sus elementos básicos por la consideración de que la cultura europeo-occidental era superior a las demás.

La universalización y la revaloración de las culturas plantea nuevos problemas, como la relevancia que pueden tener hoy las normas indígenas propias en el derecho internacional general. Se ha indicado que el Derecho consuetudinario indígena⁴ está constituido por las “costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, tribu, grupo étnico o religioso etc.)”. Se trata de normas consuetudinarias que se aplican en muchas comunidades o pueblos indígenas⁵. Tanto los desarrollos de las nuevas constituciones como la interpretación de las reglas del Derecho internacional plantean la cuestión de la validez y eficacia de dichas normas en relación con el Derecho del Estado o del Derecho internacional así como de las relaciones entre unas y otras.

Más en general el futuro del Derecho internacional pasa por un diálogo que favorezca el consenso en torno a los valores que lo sustentan y no se sustente, únicamente, en el denominado consenso weberiano que no deja de ser sino un consenso de los que mandan o de los que tienen la capacidad de mandar. No debe olvidarse a efectos de esta reflexión que la sociedad internacional no actúa con procedimientos democráticos por lo que el consenso no puede ser la clave de legitimación de fondo de las normas y principios; en todo caso, aunque sea el elemento que las dote de validez no cabe afirmar que sea el resultado de un diálogo intercultural.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL ES UN PRODUCTO DE LA CULTURA EUROPEA

Un elemento de reflexión sobre la relación entre Derecho y cultura⁶ es el origen europeo del Derecho internacional contemporáneo. Esta relación se observa a vista de pájaro, en tanto que producto histórico⁷.

3 TAMAYO, J.J., FARIÑAS, M.J., *Culturas y religiones en diálogo*, Editorial Síntesis, 2007, pp. 170 ss.

4 Véase: STAVENHAGEN, R., “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”, Stavenhagen, R., Iturralde, D., *Entre la ley y la costumbre*, Instituto indigenista interamericano, México, 1990, pág. 28 y sgtes.

5 Cfr. CABEDO MALLOL, *Constitucionalismo y derecho indígena en América latina*, Colección Amadis, Universidad Politécnica de Valencia, 2004, pág. 110 y sgtes.

6 Vid. SCHULTE-TENCKHOFF, (Dir), *Altérité et droit. Contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruylant, Bruxelles, 2002. PRIETO DE PEDRO, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, 292 pp.

7 En esta línea VEDEL, G., “L'idée d'évolution, la société internationale et le droit des gens”, RDIP, XLVI, 1939, p. 9; LEBEN, C., “Les révolutions en droit International: essai de classification et de problématique générale”, *Révolution et droit International*, SFDI, París, 1990, p.

En el origen, fundamento y desarrollo del Derecho internacional fue determinante la cultura europea y la ruptura de la unidad religiosa⁸. El origen europeo del Derecho internacional es un hecho histórico que se observa en sus aspectos centrales, desde los conceptos jurídicos a la configuración de los sujetos y funciones del ordenamiento. Así, por poner un ejemplo, es bien evidente el origen europeo de sujetos de Derecho internacional como la Santa Sede⁹ o la Soberana Orden de Malta, del mismo modo que el Patriarcado de Constantinopla u otros liderazgos religiosos no han alcanzado la subjetividad internacional desde civilizaciones menos influyentes.

El Derecho internacional es un producto de la civilización occidental y cristiana europea que se expande al resto del mundo en el proceso de universalización¹⁰, lo que ha llevado a que los historiadores del Derecho internacional olvidasen otras civilizaciones y sólo recientemente empiecen a considerar el evadirse de la prisión helénica. Se consagró un orden moldeado en interés de las potencias europeas.

Los internacionalistas del siglo XIX tomaron conciencia de su superioridad cultural, en el marco de las teorías evolucionistas de Darwin. Anteriormente, la *conquista de América* había sido justificada por la Escuela española del Derecho de gentes sobre la base de pilares conceptuales universalistas y humanistas (Ius circulationis, noción de humanidad no cristiana, justos títulos, género humano..).

Hasta la creación de las Organizaciones internacionales en el siglo XIX-XX la Comunidad internacional era europea. Era una colectividad natural, de formación espontánea, no universal, resultado de un proceso histórico y no jerárquica¹¹. Será la universalización de la sociedad internacional la que nos llevará en el siglo XIX-XX a la expansión de la concepción europea al mundo, en el marco de la universalización.

47; CHEMILLIER-GENDREAU, M., *Le rôle du temps dans la formation du droit International*, IHEI, Pedone, 1987-1988; VERHOEVEN, J., “Les conceptions et les implications du temps en droit International”, *Le droit International et le temps*, SFDI, Pedone, París, 2001, pp. 9 ss.

8 JANIS, M.W., “Religion and the literature of some standard texts”, *The influence of religion on the development of International Law*, Janis, M (ed.), Martinus Jinhoff Publishers, 1991, pp. 61-84.

9 Vid. BARBERIS, J., *Los sujetos del derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984, en especial pp. 97-115; DOMINICE, C., “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, *L’ordre juridique international entre tradition et renovation*, Puf, París, , 1997, pp. 57-79, p. 67.

10 Vid. FERNANDEZ LIESA, C., “La evolución del proceso de secularización del Derecho internacional”, *Estado y religión. Proceso de secularización y laicidad. Homenaje a Don Fernando de los Ríos*, Edición a cargo de Dionisio Llamazares Fernández, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Colección Monografías nº 36, Madrid, 2001, pp. 85 ss

11 AGO, R., “Communauté internationale et organisation internationale”, *Manuel sur les organisations internationales*, Dupuy, R.J., (dir), A.D.I., segunda edición, 1998, pp. 3-13, pp.4-6.

En el siglo XIX muchos iusinternacionalistas consideraban al Derecho internacional¹² como fruto de la cultura europea. Indica Koskenniemi que el Derecho internacional en esas concepciones se basa en el proceso cultural de Europa, un proceso de “civilización” –a diferencia del proceso cultural de otras naciones que podía considerarse como poco civilizado o salvaje.

El dominio de Europa sobre gran parte del resto de mundo se hizo sobre la base de considerar que la civilización europea era superior a las demás, lo que justificaba su dominación.

El Derecho internacional ha sido hasta el siglo XX un *derecho europeo transpuesto puro y simplemente a la escena internacional*¹³. Su origen era europeo. La sociedad reducida, homogénea y europea tradicional formó el *Ius publicum europaeum*. La mutación que se produce en el tránsito de la sociedad internacional clásica a la contemporánea se explica por una combinación de procesos entre los que destaca la universalización, la institucionalización y la diversificación de los sujetos.

En las relaciones con el resto del mundo no civilizado o había relaciones desiguales, como ocurría con China, Japón o Turquía, o de dominación¹⁴. La consideración de otros pueblos no europeos como civilizados, que había sido posible en la visión Ilustrada del noble salvaje se derrumba progresivamente. Con los pueblos salvajes esto contribuirá con el tiempo a justificar las innumerables violaciones de los Tratados concluidos con ellos.

12 Vid. KOSKENNIEMI, M., *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del Derecho internacional 1870-1960*, Buenos Aires-Madrid, 2005,

13 Por lo que respecta a la *ciencia de las relaciones internacionales* el fenómeno es todavía más notorio e influyente en la actualidad, aunque desde una matriz fundamentalmente anglosajona. Para C. del Arenal las relaciones internacionales se presentan, en el mejor de los casos, como una ciencia occidental, típica de los Estados desarrollados, con un carácter marcadamente etnocéntrico, americano u occidental. las relaciones internacionales son , como ciencia, una *ciencia occidental con hegemonía norteamericana*. Se ha desarrollado en un contexto absolutamente exclusivista y cerrado por la decisiva dependencia que las relaciones internacionales como ciencia han tenido y tienen en relación con la propia política exterior de Estados Unidos, y por la ignorancia de los estudios anglosajones de otras lenguas y de otros mundos científicos y culturales, producto de una mezcla de provincianismo y de imperialismo cultural y científico, indica este autor. Su carácter de ciencia americana o anglosajona ha ido íntimamente unido a la afirmación del paradigma realista como paradigma de la ciencia de las relaciones internacionales; siendo el que mejor se adapta a los intereses y aspiraciones hegemónicas de una gran potencia y que, al ser el inspirador de esa ciencia americana, ha dominado hasta fecha reciente el campo de las relaciones internacionales. Cfr. DEL ARENAL, C., *Introducción a las relaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 67-69.

14 Vid. Un comentario reciente sobre la posición de Turquía después de su admisión al Concierto europeo, en 1856, en: TOYODA, T., “L’aspect universaliste du Droit International européen du 19ème siècle et le statut juridique de la Turquie avant 1856”, *Journal of the history of International law*, vol. 8, nº 1, 2006, pp. 19-39.

Así, Dörr¹⁵ ha analizado como, en un primer momento, el concepto jurídico de *salvaje* constituye una categoría jurídica del Derecho internacional de los siglos XVIII y XIX. Pero será la penetración progresiva de la idea de *comunidad de naciones civilizadas* la que coadyuvó a la dominación europea. Primero, porque Vattel utiliza la teoría del bien de la humanidad para legitimar que se confine a los indígenas en fronteras más estrechas; la consideración de los indígenas como “salvajes sin ley”, en otros autores, junto a la idea de “naciones civilizadas europeas” están en la base del actual Derecho internacional. Por ello, los tratados que se habían concluido con indígenas en los siglos XVII y XVIII fueron en muchos casos incumplidos y los pueblos indígenas pasaron a ser naciones internalizadas y dependientes.

En esta línea, el célebre juez Marschall de la Corte Suprema de Estados Unidos, cambió de posición en relación con las *Indian nations and tribes*. Si consideró en un primer momento que eran Estados que formaban entidades políticas distintas, con capacidad de celebrar tratados y con personalidad jurídica internacional, en la segunda sentencia sobre esta cuestión seguía reconociendo a los pueblos amerindios una personalidad jurídica internacional pero que, en virtud del derecho de descubrimiento y del Derecho internacional en vigor sólo podrían tener relaciones exteriores con Estados Unidos. Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XIX, sobre la base de la ley de 3 de marzo de 1871 se puso fin a la conclusión de tratados con naciones indias que viviesen dentro de Estados Unidos, en virtud de la tesis de una relación tutelada que daba al Congreso americano el poder de legislar para el bien de los Indios¹⁶.

Durante el siglo XIX la universalización del Derecho internacional bajo el estandar de civilización (europeo) no cabe duda de que beneficiaba al imperialismo europeo. O dicho de otro modo, en el nacimiento del moderno Derecho internacional hay una conexión entre los rasgos del moderno Derecho internacional y los intereses del imperialismo europeo¹⁷. Ello no obstante hay autores que explican este fenómeno al revés, pero a mi juicio con el mismo sentido. Así, Fischt y Onuma¹⁸ mantienen la tesis de que el Derecho internacional –que en su opinión nace en el siglo XIX– surge a consecuencia de la debilidad y no de la fortaleza europea. Y no falta razón a esta tesis desde la perspectiva de que la universalización de la sociedad internacional se produce cuando se acaba con el fenómeno de la descolonización, siendo por ello que hasta la segunda mitad del siglo XX no se podrá impulsar un derecho verdaderamente internacional entre Estados iguales.

15 DÖRR D., “Les peuples sauvages et le droit International”, *Contributions à l'étude du rapport entre droit et culture, Alterité et droit*, I. Schulte-Tenckhoff (Dir), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 205 ss.

16 DÖRR, D., “Les peuples sauvages et le droit International”, op.cit., pp. 229-230, 231.

17 Vid. En este sentido BOWDEN, B., “The colonial origins of International law. European expansion and the classical standard of civilization”, *Journal of the history of the International law*, vol. 7, n° 1, 2005, pp. 1-23, pp.3-4.

18 FISCH, J., “Power or weakness?. On the causes of the Worldwide expansion of European International law”, *Journal of history of International law*, pp. 21-26, 2004; asimismo

La sociedad de naciones continua en esa visión clásica, basada en la superioridad de unos pueblos sobre otros, enraizada en el evolucionismo del siglo XIX aplicado a las naciones. Ese era el sentido de la misión sagrada de civilización del sistema de mandatos con el que, como indicaba el art. 22, 1 del Pacto de la sociedad de Naciones, se buscaba “conseguir el desarrollo y bienestar de las colonias y territorios que por la guerra habían dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban antes y que están habitados por pueblos que todavía no son capaces de dirigirse por sí mismos, en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno” y hacer una “misión sagrada de civilización”.

En la distinción entre civilizados, bárbaros y salvajes los primeros eran los Estados cristianos o de civilización cristiana (Europa y América), los bárbaros eran la gran puerta Otomana, China y Japón –que mantenían con Europa relaciones desiguales a pesar de que Turquía fuese admitida al Concierto europeo en 1856. El resto eran los “salvajes” que debían ser civilizados por los primeros, lo que llevaría a la uniformización del modelo de Estados y a la universalización del *Ius publicum europaeum*. Sobre estas bases se establecieron 3 tipos de mandatos (A, B y C) en la Sociedad de Naciones¹⁹.

El Derecho internacional contemporáneo está plagado de conceptos extraídos de la cultura occidental y posteriormente universalizados, sin haber tenido en cuenta los particularismos culturales. El *modelo de Estado o la noción de frontera son ejemplos claros*.

El *modelo de Estado* nace en Europa y fue universalmente aceptado, incluso aún cuando se podrían haber considerado especificidades culturales. Así, tanto los argumentos de Marruecos como los de Mauritania, en el *Asunto relativo al Sahara occidental*, al intentar demostrar los vínculos jurídicos de soberanía territorial con el Sahara, se situaron en la lógica estatal occidental, a pesar de que pusieron de relieve la estructura especial de sus

ONUMA, Y., “When was the law of International society born?”. An inquiry of the history of International law from an intercivilizational perspective”, *JHIL*, vol. 2, 2000, pp. 1-66.

19 Los A estaban próximos a la independencia, fundamentalmente en el Imperio Otomano (Siria, Líbano, bajo mandato francés; Iraq, Palestina y Trasmjordania, bajo mandato británico. Los B estaban en el Africa Central y sobre ellos había una administración directa (Ruanda-Burundi; Bélgica; Tanganica: Reino Unido; Camerún, Togo: Francia, Reino Unido) y se prohibía la trata de esclavos, el tráfico de armas, el alcohol, se establecía la libertad religiosa y la no instalación de bases militares. Los tipo C eran los del Sudoeste africano y ciertas Islas del Pacífico Central (Carolinias, Marianas, Marshall (Japón); Samoa Occidental (Nueva Zelandia), Nauru (Reino Unido), Nueva Guinea (Australia). Sobre estos mandatos las potencias enviaban un Informe anual al Consejo. El sistema acabó con el régimen de administración fiduciaria (cap. XII y XIII de la Carta de las Naciones Unidas), a excepción del Sudoeste africano. Como es sabido hubo posteriormente un caso ante el Tribunal internacional de Justicia pues los demandantes alegaban infracciones del mandato de la Sociedad de Naciones para la región, por la república de Sudáfrica (Asunto del Sudoeste africano. Etiopía c. Sudafrica, Liberia c Sudafrica, sentencia de 18 de julio de 1966, Rec. 1966, pár. 49, 50, 51).

Estados²⁰. Un ejemplo igualmente claro son los tratados celebrados por los colonizadores, fundamentalmente entre el siglo XVII-XIX con los pueblos indígenas con el objeto básico de que les cedieran territorios, sin que estos fuesen conscientes del alcance concreto de las obligaciones que asumían, al desconocer desde el Derecho de los tratados hasta la noción de soberanía²¹.

Del mismo modo, el *concepto de frontera* es monocultural, relacionado con el sistema europeo de Estado territorial. El Imperio chino - de contornos imprecisos-, el Africa negra precolonial -con el concepto de frontera móvil- o el mundo islámico -donde

20 Marruecos (vid. párrafos 90 a 129 de la opinión consultiva, TII, Rec. 1975) presentaba su reclamación de vínculos jurídicos con el Sahara occidental como una *reclamación de vínculos de soberanía* sobre la base de una presunta posesión inmemorial del territorio y un ejercicio ininterrumpido de autoridad. Pidió que se tuviese en cuenta la estructura especial de Estado marroquí, fundado en el *lazo religioso común del Islam* y en la lealtad de varias tribus al Sultán, por mediación de sus caídes o jeques, más que por la noción de territorio. Para el Tribunal, aún teniendo en cuenta la estructura específica de ese Estado, no se había probado que Marruecos ejerciese ninguna actividad estatal efectiva y exclusiva en el Sahara occidental. En todo caso, como ha señalado M. Flory, para sostener la tesis de la existencia de lazos jurídicos entre el Sahara y Marruecos, los representantes de éste país trazaron con precisión la organización del Estado en el derecho público islámico, apoyándose en la teoría estatal clásica del DI (*Etat chérifien*), pero no en la lógica cultural árabe e islámica.

Lo mismo habría hecho Mauritania al acudir a la noción de “complejo mauritano” *Bilad shinguitti* o país Shinguitti (vid. párr. 130 a 152 de la opinión consultiva) que era una entidad cultural, geográfica y social dentro de la cual se habría creado la República islámica de Mauritania. Ese complejo, en el periodo pertinente, era el Bilad Shinguitti, grupo humano diferenciado, caracterizado por un idioma, un modo de vida, una religión y un sistema de leyes comunes, con dos tipos de autoridad política (emiratos y grupos tribales), que no constituían un Estado, pero sí nación o pueblo (pueblo Shinguitti) en el momento de la colonización. Para la Corte aunque existían muchos vínculos lingüísticos, étnicos, religiosos, culturales y económicos, los emiratos y muchas de las tribus que formaban el complejo mauritano eran independientes unos de otros y no tenían instituciones u órganos comunes, por lo que el “complejo” carecía de una personalidad distinta y, en el momento de la colonización por España no existía entre el territorio del Sáhara occidental y el complejo mauritano ningún vínculo de soberanía o de lealtad de tribus o de simple inclusión en la misma entidad jurídica.

21 Vid. un interesante comentario en TORRECUADRADA GARCIA-LOZANO, S., “Los tratados internacionales y los pueblos indígenas”, *www.reei.org*, 2001; así como de la misma autora su monografía, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, 2001; por lo demás véase el Informe final del Estudio sobre los tratados celebrados entre pueblos indígenas y Estados, de 1998, elaborado por encargo de la Subcomisión sobre prevención de la discriminación y protección de las minorías, de Naciones Unidas, por Miguel Alfonso Martínez; también, en la doctrina española y junto a otras citas reflejadas en este artículo PONTE IGLESIAS, M.T., “Ciudadanía y consolidación democrática: La promoción y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas”, *Revista de investigaciones políticas y sociológicas*, Romay Coca, J., Valero Matas, J., (coords), Servicio de publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela 2009, vol. 8, núm 1, pp. 153- 177;

el vínculo religioso del Islam era más relevante que la noción de frontera²²- tenían una concepción distinta de la frontera.

El Derecho internacional se formó sobre la base de los intereses y concepciones de los Estados de cultura europea²³. La secularización y la institucionalización de la sociedad internacional erosionaron el carácter eurocéntrico del ordenamiento, pero no porque éste fuese el resultado de un diálogo intercultural con otras civilizaciones o culturas. Lo cierto es que el elemento cultural ha tenido un papel muy secundario en el Derecho internacional contemporáneo²⁴.

Las diferencias relevantes en la elaboración, impugnación y aplicación del ordenamiento eran de naturaleza políticas (conflicto este-oeste) o económicas (conflicto norte-sur) y casi no se ha tenido en cuenta la diversidad cultural.

3. CUESTIONES QUE PLANTEA LA CRECIENTE RELEVANCIA DEL FACTOR CULTURAL PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

La heterogeneidad cultural se ha acentuado desde los años ochenta²⁵. El conflicto ideológico fue sustituido por el conflicto cultural, es decir, por conflictos vinculados a interpretaciones de la religión, la cultura, el nacionalismo, la identidad de los pueblos y las personas etc... Indicaba René Jean Dupuy²⁶ que somos testigos de una crisis de lo universal en vías de integración, creada por el entrecruzamiento de sistemas socioculturales. Esto plantea problemas para la creación, interpretación y aplicación de las reglas y principios del Derecho internacional. Aunque los procedimientos de creación de normas son aculturales,

22 Vid. sobre esto BARDONNET, D., "Frontières et cultures", *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Coloquio de 1983 de la A.D.I., La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp299-309, p. 303-305; FLORY, "Le droit international est-il européen?", *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Coloquio 1983, AADI, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 287-297, p. 287

23 Por ejemplo, el célebre Asunto de la Isla de Palmas era una controversia entre Estados civilizados, que oponía a dos potencias imperiales occidentales (Países Bajos y Estados Unidos), como sucesores de los derechos de la Corona española en virtud del Tratado de paz que puso término a la guerra hispano-americana de 1898, por lo que el derecho aplicable en materia de derechos de soberanía por descubrimiento o adquisición no tenía en cuenta los "intereses de las poblaciones".

24 Vid. sobre la hegemonía cultural europea, RODRIGUEZ CARRION, A.J., *Lecciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 29-30.

25 Sobre la emergencia del factor cultural: MERLE, M., "Le rôle du facteur culturel dans les relations internationales", *Forces et enjeux dans les relations internationales*, Economica, París, 1981, p. 343.

26 Cfr. DUPUY, R.J., "Conclusions du Colloque", *L'avenir du Droit international dans un monde multiculturel*, Coloquio 1983, A.D.I., La Haya, Martines Nijhoff Publishers, 1984, p. 447.

resultan de un contexto histórico y cultural, de una civilización o de la puesta en contacto de diferentes civilizaciones y culturas.

El autor más convencido del creciente papel de las civilizaciones para el Derecho internacional es Huntington²⁷, que afirma que *sólo un orden mundial basado en las civilizaciones puede ser una garantía segura para evitar los conflictos*. La tesis central de Huntington fue fuertemente criticada, por el conjunto de simplificaciones en que se apoya, tanto por los dirigentes de los Estados (incluso por Bush) como por la doctrina. En esta línea el prof. Remiro, indicaba que “Los conflictos más característicos de nuestro tiempo son nacionales, no civilizatorios; la geopolítica, la geoeconomía son factores no menos influyentes que los civilizatorios”²⁸. Lo cierto es que cualquier explicación monista, en la medida en que sólo atiende a un factor de la realidad internacional resulta en muchos casos inadecuada. Si bien no cabe duda de la creciente importancia del factor cultural en el orden internacional actual, en combinación con otros elementos.

Ello no obstante la creciente relevancia del factor cultural plantea varias cuestiones relevantes, que ahora solo cabe apuntar. En primer lugar en qué medida los principios y normas generales del Derecho internacional van a verse modificados por la penetración de este nuevo factor cultural, así como el papel de las “culturas” en las fuentes del Derecho, tema que excede de esta ponencia.

No cabe duda de que la relación cultura-derecho en la sociedad internacional es un proceso lento pero perceptible. En algunos sectores, como el de la identidad cultural o el de la protección del patrimonio cultural se están formando nuevos principios convencionales que tiene vocación de convertirse en generales, como el principio de la protección de la diversidad cultural²⁹.

27 La tesis central de este autor es que los choques de civilizaciones son la mayor amenaza a la paz mundial. Parte de la consideración de que la separación westfaliana de religión y política internacional, producto idiosincrático de la civilización occidental, está tocando a su fin, por lo que cada vez es más probable que la religión sea el eje principal de los conflictos. Todo ello en un contexto de renacimiento de la religión (la revancha de Dios), de deslaicización del mundo, antiuniversalismo, sustitución de la ideología por la religión etc... Cfr. HUNTINGTON, S.P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, 1997, p. 20, 47, 53, 60, 61, 112, 113, 114, 119, 251

28 Vid. un exhaustivo análisis del debate doctrinal sobre la tesis de Huntington, desde una perspectiva crítica con la que en general coincidimos, en REMIRO BROTONS, A., “Desvertebración del Derecho internacional en la sociedad globalizada”, *CEBDI*, vol. V, 2001, 2002, pp. 73-96, la cita en p. 95.

29 Sobre la diversidad cultural en el Derecho internacional véase: LAGHMANI, S., “Droit International et diversité culturelle”, *RGDIP*, 2008-2, pp. 241-255; YOKARIS, A., “Le droit International face au défi de la diversité culturelle”, *Révue Hellenique de Droit International*, 2/2009, pp. 695-205; KRONKE, H., “From International to transnational commercial law: The impact of Diversity of cultures”, *Révue hellénique de Droit International*, 2/2009, pp. 705-715; RUIZ FABRI, H., “Jeux Dans la fragmentation: La convention sur la promotion et

Está todavía lejos el momento en que el Derecho internacional integre de manera compartida los valores universales que están en todas las culturas y/o civilizaciones. Ese diálogo de culturas/civilizaciones constituye uno de los retos básicos del Desarrollo progresivo del Derecho internacional. Un orden internacional que sea fruto de una cultura compartida en el respeto a la diversidad cultural es, en mi opinión, la mejor vía para que sea un orden respetado y eficaz, que contribuya a la solución de los problemas de la humanidad.

Hay avances hacia una perspectiva transcivilizatoria del Derecho internacional, en el sentido de una mayor convergencia en la interpretación de los principios fundamentales y en las normas generales del Derecho internacional, en la actualidad³⁰. Asimismo la nueva situación creada por los nuevos Estados independientes condujo a su mayor participación en el *law-making process* y está conduciendo, en los últimos tiempos, a un desarrollo en nuevos sectores del orden internacional (como el derecho penal internacional en la represión de los grandes crímenes contra la Humanidad)³¹. Pero tampoco cabe duda, en mi opinión, de que es mucho más lo que falta por hacer que lo que se ha hecho en cuanto a una verdadera confluencia de las civilizaciones como base de un Derecho internacional más aceptado y compartido. En esta línea los trabajos intelectuales ya elaborados deberían ser complementados por un diálogo o alianza de civilizaciones en términos jurídicos, hasta ahora inexistente, pero que sería positivo para la efectiva aplicación del Derecho internacional³².

La emergencia del factor cultural también plantea si el pluralismo cultural creciente se corresponde con un pluralismo jurídico. Hay ámbitos del Derecho internacional en los cuales hay crecientes concepciones transnacionales en la medida en que se ha cambiado el

la protection de la diversité des expressions culturelles”, *RGDIP*, t. 111, 2007, 1, pp. 43-89; CORNU, M., “L’émergence du principe de diversité culturelle”, *La diversité culturelle en question*, Labouz, Wise, Bruylant, Bruxelles, 2005 pp. 251-259.

30 Vid. Un comentario en esta línea, en relación fundamentalmente con las normas consuetudinarias en. YASUAKI, O., “A transcivilizational perspective on global legal order in the twenty-first Century: A way to overcome west-centric and judiciary centric deficits in International legal thoughts”, *Towards World constitutionalism*, MacDonald, R.J., Johnston, D., (eds), Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 151-189

31 Vid. Un comentario sobre esto, en relación con los países en desarrollo en MIRZAEI-YENGEJEH, S., “International law as a cultural perspective: Towards a convergent of civilizations”, *A transcivilizational perspective on global legal order in the twenty-first Century: (...)*, op.cit., pp. 191-221.

32 Vid. Sobre las diversas perspectivas: WEERAMANTRY, G., “Some buddhist perspectives on International law”, *BBGhali Amicorum discipulorumque liber*, 2000, pp. 775-826; TSE-SHYANG CHEN, F., “The confucian view of World order”, *The influence of religion on the development of International law*, 1991; SINGH, N., *India and International law*, *Estudios de derecho internacional en Homenaje a Antonio de Luna*, CSIC, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1968, pp. 449-464; KHADURI, M., “Islamic law and international law”, *L’avenir du droit International Dans un monde multicultural*, 1983; RECHID, A., “Islam et droit des gens”, *RCADI*, 1937-II, t60, pp. 375-506;

paradigma del Estado por el paradigma de la transnacionalidad. La existencia de importantes poderes privados transnacionales que adoptan sus propias reglas de autorregulación ha dado lugar a la aparición del Derecho corporativo transnacional, que parece sustituir el Derecho internacional público como modo de regulación de las relaciones internacionales y que muestra insuficiencias contemporáneas³³. Se han puesto de relieve las contradicciones entre el régimen metropolitano (del DIP) y el régimen cosmopolita (del DI económico), entre el orden mercatique y el orden etatique (Kahn³⁴); Osman se refiere a un derecho anacional, constituido por reglas a-estatales, a-nacionales y a-internacionales, en el sentido de a-interestatales³⁵, lo que algunos autores consideran ya un hecho³⁶.

En nuestra opinión, las teorías sobre la transnacionalidad normativa no son siempre consistentes con la práctica ni con el desarrollo del ordenamiento³⁷. La referencia a un derecho transnacional no se realiza a un orden jurídico específico³⁸ en el ámbito económico. Una cosa es que un problema sea transnacional y otra muy distinta es que lo sea el ordenamiento. El Derecho transnacional se somete al derecho estatal. Así, como indica Lejbowicz al utilizar el contrato para formar un orden jurídico no estatal el comerciante queda bajo la protección del orden estatal: jurídicamente el orden no estatal se convierte en orden estatal.

Más que una cuestión de pluralismo jurídico supone, en el derecho nacional y en el derecho internacional, *el reconocimiento de una cierta autonomía normativa sometida a un orden jurídico de referencia (nacional o internacional), pero no un orden independiente de ellos*.

33 Vid. Sobre esto DEL ARENAL, C., "LA nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política", Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2001, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 17-87, p. 55; KENNEDY, D., *Droit International et politique*, IHEI, 1999/2000, Pedone, París, pp. 8-178, p. 39 ss.

34 En este sentido KAHN, P., "Droit International économique, droit du développement, lex mercatoria: Concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?", *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offerts à Berthold Goldman*, Edit. Litec, París, 1982, pp. 96 ss.

35 OSMAN, F., Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, París, LGDJ, 1992; asimismo LEIBOWICZ, A., Philosophie du Droit International. L'impossible capture de l'Humanité, Puf, París, 1999, 442 pp, p. 85.

36 Así TRACHTMAN, J., "The International economic revolution", *University of Pennsylvania Journal of International economic law*, vol. 17, 1996, bnº 1m oo. 33-61.

37 Como indica Rigaux la tesis de la transnacionalidad de Jessup se basa en los principios generales del Derecho y en ciertas sentencias arbitrales que carecen de rigor científico a tales efectos. Cfr. RIGAUX, F., *Droit public et droit privé Dans les relations internationales*, Pedone, París, 1977, pp. 367 ss, p.400

38 LEBEN C., "Retour sur la noción de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci", *Mélanges offerts à H. Thierry*, Pedone, París, 1998, pp. 247-280; WEIL, P., "Principes généraux du Droit et contrats d'Etats", *Etudes offerts pa B. Goldman*, París, 1982, pop. 387-414; MC-NAIR,, "The general principles of law recognized by civilizad nations", *BYBIL*, 1957, pp. 1-9.

En el ámbito de la cultura se desarrolla una cierta autonomía cultural normativa en el sentido de reconocer cierta capacidad normativa de desarrollo, o ciertas reglas jurídicas previas y propias, con los límites establecidos por el Derecho internacional general de los derechos humanos, como sucede en relación, por ejemplo, con el Derecho internacional de los pueblos indígenas y como sucedía en la pasado con el Derecho internacional de las minorías.

Por ejemplo, el Art. 34 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada por la AGONU, el día 13 de septiembre de 2007, indica que: “los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, precedentes, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Ese denominado derecho al propio derecho³⁹ se realiza dentro del estándar mínimo internacional de derechos humanos. Existe un cierto pluralismo jurídico, como muestra el art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT⁴⁰ cuando indica que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados (indígenas), deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario”, pero en la medida compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales reconocidos (Art. 9, 1).

En todo caso, hay que tener en cuenta que las especificidades de la justicia indígena no son un capricho, sino una forma de superar una discriminación histórica de los pueblos indígenas en el marco de los sistemas judiciales nacionales⁴¹.

Finalmente y sin entrar en mayores consideraciones por superar el objeto de esta breve aproximación también en la sociedad internacional contemporánea se plantea la cuestión del estándar mínimo en materia de derechos humanos y las amenazas a la universalidad provenientes de interpretaciones intolerantes. Además, todos los nuevos problemas no siempre se resuelven únicamente con el Derecho sino también propugnando modelos de convivencia. Así, por poner un ejemplo, en la crisis de las viñetas de Mahoma desde la perspectiva jurídica no cabe duda de que cabían dentro de la libertad de expresión y de información, tanto según los instrumentos jurídicos internacionales como europeos; pero desde el ángulo del respeto y de los modelos de convivencia, tampoco hay que olvidar el arte de la prudencia.

39 MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., OLIVA MARTÍNEZ, D., (ed.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Instituto universitario de estudios internacionales y europeos Francisco de Vitoria, Dykinson, 2004.

40 RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., *Indigenous peoples, postcolonialism, and international law. The ILO Regime (191-1989)*, Oxford University Press, 2006.

41 OLIVA MARTÍNEZ, D., *La protección de los derechos de los pueblos indígenas: fundamento, contextos de creación y reconocimiento normativo en el Derecho internacional*, págs. 889 ss; OCHOA GARCÍA, C., *Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, 2002; ILAQUYICHE LICTA, R., *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador. Estudio de caso*, Quito, Ecuador, 2006.